

*St. Nicolas le Com. Barisien
Amour & l'autre
Gide*

DU

CARACTÈRE DE LA NOVATION

EN DROIT ROMAIN

PAR

M. PAUL GIDE

AGRÉGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

EXTRAIT

DE LA **Revue de Législation ancienne et moderne.**

Numéro du 1^{er} Avril 1870.



PARIS

ERNEST THORIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

7, RUE DE MÉDICIS, 7

—
1870



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b -

654

DU

CARACTÈRE DE LA NOVATION

EN DROIT ROMAIN.

CARACTÈRE DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE



DE LA NOUVELLE

DE LA NOUVELLE

DU

CARACTÈRE DE LA NOVATION

EN DROIT ROMAIN

PAR

M. PAUL GIDE

AGRÈGÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

EXTRAIT DE LA **Revue de Legislation.**

Numéro du 1^{er} Avril 1870.



PARIS

ERNEST THORIN, LIBRAIRE-ÉDITEUR

7, RUE DE MÉDICIS, 7

—
1870



NOTIZIA DI

NOTIZIA DI

DU CARACTÈRE DE LA NOVATION

EN DROIT ROMAIN.

I

Les institutions civiles sont moins durables qu'il ne semble : s'il en est qui se transmettent d'âge en âge, c'est que d'âge en âge elles se transforment et se renouvellent ; leur perpétuité n'est qu'apparente, et celles qui nous viennent des Romains ne sont pour la plupart romaines que de nom, elles sont au fond toutes modernes et toutes françaises. Telle est en particulier l'institution qui va faire l'objet de cette étude : si la novation compte déjà vingt siècles d'existence, c'est qu'elle a subi, durant cette longue carrière, plus d'un changement, plus d'une transformation. Je ne veux point ici parcourir la série de ces changements successifs, leur histoire serait trop longue à raconter ; je veux seulement en donner une idée générale et sommaire. Il me suffira pour cela de comparer un instant ce qu'était la novation dans l'ancienne Rome et ce qu'elle est devenue aujourd'hui.

Ces différences entre la novation antique et la novation moderne sont d'autant plus intéressantes à constater qu'elles sont moins apparentes, et qu'il faut pour les découvrir une observation plus attentive. Les législateurs ne les ont pas marquées dans leurs codes, et les jurisconsultes eux-mêmes ne les ont pas toujours aperçues. Si l'on s'en tient aux apparences, si l'on juge des choses par leurs noms, la novation du droit moderne ne diffère guère de la novation du temps de Cicéron et de Gaius ; ce sont les mêmes dénominations, les mêmes définitions, les mêmes distinctions, les mêmes formules, qui se sont transmises de siècle

en siècle depuis les prudents de Rome jusqu'aux glossateurs, et depuis les glossateurs jusqu'à nous.

Mais, si les noms et les formules sont restés les mêmes, les choses ont changé. Il en est souvent ainsi dans la science du droit, et il n'en saurait être autrement : la langue juridique est fixe et bornée, les faits juridiques sont innombrables et toujours changeants. Souvent prise au dépourvu en présence de faits nouveaux qu'elle n'avait pas su prévoir, la science leur applique tant bien que mal de vieilles dénominations et de vieilles formules qui n'étaient point faites pour eux. Parmi toutes ces expressions d'origine romaine qui ont passé dans notre droit, combien n'en est-il pas qui ressemblent aujourd'hui à d'anciennes étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu !

Le mot de novation est une de ces étiquettes trompeuses. En voyant ce mot inscrit dans nos codes comme dans ceux de Justinien, on s'imagine volontiers qu'il désigne dans les deux législations une institution identique, et que c'est l'ancienne novation romaine, dépouillée seulement de quelques formes vieilles, qui est venue prendre place dans nos mœurs et dans nos lois. C'est là, à mes yeux, une erreur fondamentale ; mon but principal, dans cet article, est de combattre cette erreur, et les pages qui vont suivre n'auront rien prouvé si elles n'établissent pas que le mot de novation correspond, dans la loi romaine et dans la loi moderne, à deux idées profondément différentes.

Ce que nous appelons novation aujourd'hui, c'est toute espèce de convention par laquelle on éteint une ancienne dette en lui substituant une dette nouvelle. Cette substitution peut revêtir les formes les plus variées : après vous avoir vendu ma maison pour un certain prix, je puis convenir avec vous que, au lieu de vous la vendre, je vais

l'échanger contre la vôtre, ou vous la louer, ou vous la donner; en un mot, on peut concevoir autant de variétés de novations qu'il y a de variétés de contrats. Cette espèce d'échange d'une obligation ancienne contre une nouvelle n'était point inconnue des Romains, et le Digeste nous en fournit plus d'un exemple : nous y voyons un contrat de dépôt converti en un contrat de prêt, un contrat de louage transformé en un pacte de précaire, une première vente remplacée par une seconde faite à un prix différent (1); rien ne nous empêche d'imaginer quantité d'opérations analogues, et nous arriverons ainsi à cette conclusion générale que, chez les Romains tout comme chez nous, il y avait autant de manières diverses de transformer une obligation préexistante qu'il y avait de manières diverses de contracter.

Mais entre la loi romaine et la nôtre, voici quelle est la différence. Chez nous, chacun de ces actes, où l'on remplace un contrat par un autre, constitue, de l'aveu de tous, une novation proprement dite; chez les Romains, au contraire, jamais aucun de ces actes n'a été qualifié de novation, jamais les règles de la novation ne lui ont été appliquées. Allons plus loin : jamais il n'est venu à la pensée des jurisconsultes romains de grouper ces divers actes sous un nom particulier, en une place à part, et d'en faire l'objet d'une théorie spéciale; ils ne l'ont point fait, ils ne devaient pas le faire, et je vais essayer de montrer pourquoi.

Soumettez l'un de ces actes à une analyse attentive; qu'apercevez-vous? L'opération se décompose, deux faits juridiques s'en dégagent, ils se séparent, ils s'isolent, et l'amalgame qu'ils formaient tout à l'heure, le fait com-

(1) L. 9, § 9, D. de R. C., XII, 1; — L. 2, D. de resc. vend., XVIII, 5; — L. 10, D. de adq. poss., XLI, 2.

plexe que vous appeliez novation, a complètement disparu.

Pour mieux le faire comprendre, reprenons un des exemples que je citais plus haut. C'est une vente que nous avons conclue et que nous venons de transformer en une vente nouvelle, en substituant au prix convenu d'abord un prix plus élevé. Qu'avons-nous fait? Les jurisconsultes romains nous le disent avec leur précision habituelle : nous avons fait deux actes juridiques au lieu d'un, et deux actes qui sont tout à fait indépendants l'un de l'autre, car chacun des deux se suffit à lui-même et vaut par lui seul : le premier est une résiliation de vente *mutuo dissensu*, le second est un contrat de vente ordinaire : « *discessimus a priore emtione...*, atque ita consistit posterior emtio « *quasi nulla præcesserit* » (1). Cela ne serait-il pas de toute évidence si le premier acte et le second s'étaient accomplis séparément et à quelques jours d'intervalle? Or qu'ils aient été faits le même jour, à la même heure, qu'ils soient enregistrés dans le même écrit, ce ne sont là que des circonstances matérielles auxquelles on ne saurait attribuer aucune influence juridique; bien que, en fait, rapprochés l'un de l'autre, confondus l'un dans l'autre, nos deux actes n'en demeurent pas moins, en droit, distincts et séparés (2).

(1) L. 2, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5.

(2) Il en est de même dans le cas où je veux vous prêter des deniers que vous me deviez déjà à un autre titre (comme dépositaire, mandataire, etc.). On ne prête des deniers qu'en les livrant, qu'en les comptant, et pour que je puisse vous compter des deniers qui sont déjà entre vos mains, il faut qu'au préalable vous me les ayez rendus. L'opération suppose donc une double tradition, et c'est ce que nous dit le jurisconsulte : « *Videtur mihi data pecunia et a me « ad te profecta* » (L. 15, D. *de R. C.*, XII, 1. — Pellat, *textes ch.*, p. 92). Or ces deux traditions constituent chacune un acte distinct et qui se suffit à lui-même : la première est un paiement,

Je prévois une objection : entre ces deux actes, dirait-on peut-être, il y a plus qu'un simple rapprochement, qu'un simple contact matériel, il y a un lien moral, un lien juridique, qui est la volonté même des parties contractantes. Elles n'ont voulu se départir de leur première obligation que pour la remplacer par la seconde, elles n'ont voulu contracter la seconde que pour la substituer à la première. Leur volonté est indivisible et l'acte qui en émane doit être indivisible comme elle. Il en est de cet acte comme d'un contrat synallagmatique : on ne saurait le décomposer sans l'anéantir, car les deux éléments qui le composent ne peuvent pas plus exister l'un sans l'autre que, dans un château de cartes, la carte inclinée ne se peut soutenir sans celle qui lui sert d'appui. Si, en vous faisant remise de votre dette, je vous fais souscrire en même temps un engagement nouveau, cet engagement est l'équivalent et comme le prix de ma remise ; s'il est nul, la remise devient sans cause, elle s'efface, et l'ancienne dette reparait.

Que cette thèse puisse triompher dans le domaine du pur droit naturel, c'est possible, mais ce qui est certain, c'est qu'elle est insoutenable sur le terrain de la loi romaine. Cette loi n'a pas, comme la nôtre, ouvert un champ indéfini à la liberté des transactions privées ; elle

la seconde un prêt ordinaire. Si ces deux traditions étaient séparées matériellement, si, reprenant d'une main les deniers déposés chez vous, je vous les avais rendus de l'autre à titre de prêt, la séparation serait évidente ; elle n'est pas moins réelle et moins complète, si, supprimant cette double remise de main en main, qui ne serait qu'un jeu d'enfant, nous accomplissons les deux traditions par un simple acte de volonté. Ces traditions n'ont point pour cela changé de nature, et si en fait nous n'avons plus qu'un acte unique, en droit nous avons toujours deux actes indépendants et isolés.

a limité le nombre des actes juridiques, elle en a précisé les formes, elle a, pour ainsi dire, donné à chacun d'eux une individualité distincte, et il n'est pas au pouvoir des parties de les combiner et de les confondre pour en créer de nouveaux. Quand j'ai remis sa dette à mon débiteur pour lui imposer en échange un nouvel engagement, quand j'ai dissous une première vente pour contracter en échange une vente nouvelle, j'ai rapproché dans une même opération deux actes juridiques, je ne les ai point confondus. Ces deux actes n'ont pas besoin de s'appuyer l'un sur l'autre, car chacun d'eux a son fondement dans la loi qui l'a consacré. Que l'un tombe, l'autre demeurera debout; que la seconde vente soit déclarée nulle, la première n'en restera pas moins dissoute. « Ita « consistit posterior emptio quasi nulla præcesserit, » dit la loi romaine; et nous pouvons ajouter : « Ita resolvitur « prior emptio quasi nulla secutura fuerit. » Chacun des deux actes est traité juridiquement comme s'il était seul; leur assemblage est un simple fait; il ne saurait donc constituer une novation ni rien qui y ressemble, car il n'existe qu'en fait; en droit, il n'existe point et ne saurait exister (1).

C'est donc ailleurs qu'il nous faut chercher la novation du droit romain, car elle est au nombre de ces actes auxquels la loi a conféré, avec un nom spécial, une forme précise

(1) L. 2, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5.— Il se peut que les parties n'aient dissous la première vente que sous la *condition* formelle qu'elles contracteraient la seconde. Mais ici encore les deux actes demeurent tout aussi distincts que le seraient, dans un contrat fait sous la condition de l'arrivée d'un navire, le fait de l'arrivée du navire et le contrat lui-même. Voyez aussi L. 9, D. *præscr. verb.*, XIX, 5 : « Ob eam causam accepto liberatus ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat..., non vetus « obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur »

et une individualité distincte. Stipuler ce qui est déjà dû, voilà la novation romaine. Essayez d'appliquer à cet acte les procédés d'analyse que nous venons d'employer tout à l'heure, vous ne parviendrez jamais à le décomposer en deux actes différents. Direz-vous qu'ici encore, en stipulant de vous ce que vous me deviez déjà, j'ai voulu deux choses au lieu d'une, vous libérer d'abord et vous obliger ensuite, et que j'ai fait ainsi deux actes juridiques au lieu d'un ? Ce serait une erreur grossière, car ma volonté de vous libérer, prise isolément et réduite à elle-même, ne saurait avoir, en droit romain, aucun effet civil ; si elle est efficace, c'est qu'elle a revêtu la forme d'une stipulation ; l'acte qui vous oblige, la stipulation, est donc ici l'acte même qui vous libère ; il y a sans doute deux effets distincts, mais ces deux effets sont inséparables, car c'est un seul et même acte qui les produit.

Cet acte, c'est la stipulation ; c'est la formule sacramentelle, puissante à la fois pour créer les obligations et pour les détruire. Si nous voulons, en effet, nous faire une juste idée de la novation romaine, nous ne devons pas oublier que nous sommes ici sous l'empire d'une loi où la forme emporte le fond : aux yeux d'une telle loi, une obligation qui a changé de forme est une obligation renouvelée, et la novation n'est qu'une *transformation* dans le sens littéral du mot. Or le but principal de la stipulation, dans cette jurisprudence formaliste, c'était précisément d'imprimer à un rapport obligatoire quelconque une forme régulière et nettement arrêtée : toute obligation perdait sa forme en entrant dans le moule de la stipulation, elle en sortait avec une forme nouvelle. Il y avait donc deux effets produits, mais deux effets inséparables et qui ne se peuvent concevoir l'un sans l'autre, car on ne peut concevoir qu'une obligation

revête une forme nouvelle sans dépouiller par cela même la forme qu'elle avait auparavant.

Si tel était le caractère essentiel de la novation romaine, et j'espère parvenir à le démontrer, on comprend qu'une institution semblable ne saurait trouver place dans une législation civile comme la nôtre : il ne peut y avoir de *transformation* d'obligation, là où les obligations n'ont aucune *forme* déterminée ; que, chez nous, une convention verbale soit reproduite dans un écrit, qu'une convention écrite soit répétée verbalement, ce n'en est pas moins toujours la même convention, car le fond n'a pas changé et la forme est indifférente. La novation romaine ne se peut concevoir qu'avec un régime où c'est dans la forme même des contrats que réside leur force obligatoire ; elle ne se peut concevoir qu'avec la stipulation. Aussi ces deux institutions inséparables ont-elles subi le même sort : toutes deux sont tombées avec les derniers débris du vieux formalisme quiritaire ; toutes deux ont disparu sans retour. Le mot de novation, il est vrai, a passé dans nos codes ; celui de stipulation aussi. Mais il ne faut pas se payer de mots et être dupe des apparences : ce que ces deux noms désignent aujourd'hui n'a rien de commun avec ce qu'ils désignaient autrefois.

Je demande donc au lecteur, qui consent à me suivre dans ces recherches, de vouloir bien tout d'abord chasser de son esprit toutes les idées sur la novation que la connaissance du droit moderne lui a rendues familières, et d'aborder cette étude avec la même absence de notions préconçues que s'il s'agissait de la *capitis minutio* ou de toute autre institution dont le nom même aurait disparu.

II.

Puisque le caractère distinctif de la novation romaine est dans sa forme spéciale, c'est cette forme que nous devons examiner tout d'abord. Qu'était-ce que la stipulation ? C'était une double formule, « interrogatio et responsio congruæ » : telle est la réponse ordinaire. Mais cette réponse ne saurait nous suffire. A quoi servait la stipulation dans le commerce et dans les rapports de la vie civile ? Quels pouvaient en être le but et l'emploi ? Voilà ce qu'il nous faut savoir.

La question n'est point oiseuse et pourrait tout d'abord paraître embarrassante. D'un côté, la stipulation était assurément le plus usité de tous les contrats ; d'autre part, il est impossible, à première vue, d'apercevoir à quel usage on pouvait l'appliquer.

Tous les autres contrats (1) s'expliquent d'eux-mêmes, ils répondent à autant de besoins bien connus de la vie sociale, et il suffit de les nommer pour faire comprendre aussitôt quel est le mobile qui a pu animer chacun des contractants. Si j'emprunte, si je vends, si j'achète, si je donne un champ à ferme ou que je prenne une maison à bail, personne ne se demandera pourquoi j'ai conclu un contrat semblable et pour quelle cause je me suis ainsi obligé : mon obligation a sa cause toute naturelle dans l'utilité évidente qu'un tel contrat me procure ; on peut dire, avec les jurisconsultes romains (2), que mon obligation est *naturelle* en même temps

(1) Je demande la permission de laisser de côté pour le moment le contrat *litteris*, sauf à y revenir une autre fois.

(2) C'est dans ce sens que Paul, par exemple, dit, en parlant d'un prêt suivi d'une stipulation : « Non est recessum a naturali obligatione. » L. 126, § 2, D. de V. O., XLV, 1. Voyez aussi L. 1, D. locati, XIX, 2. — Machelard, *Obl. naturelles*, p. 5.

que légale, car elle est commandée par la nature même des choses en même temps qu'elle est consacrée par la loi. Il en est tout autrement de la stipulation. Si quelqu'un vient me dire : « Me promettez-vous de me donner cent mille sesterces ? » et que je lui réponde : « Je vous le promets », chacun sera en droit de demander pourquoi j'ai fait une telle promesse, et l'on aura beau interroger à cet égard la formule de la stipulation, la question demeurera sans réponse. Tout ce que vous diront les jurisconsultes romains, c'est que je suis obligé parce que j'ai prononcé correctement une certaine formule : « *Verbis obligatio facta est* ». Quant à un but pratique, une cause naturelle quelconque, il n'est rien dans le contrat qui les fasse soupçonner.

Qu'est-ce donc que ce contrat, qui ne se rattache par aucun lien apparent aux intérêts réels de la vie sociale, et qui semble flotter dans le vide comme une vaine abstraction ? N'est-ce qu'une fiction des théoriciens, une sorte d'expression algébrique inventée pour la commodité des raisonnements ? Loin de là, la stipulation était le plus usité de tous les contrats ; elle était d'un usage si fréquent, si universel, qu'il n'est pas de contrat, dans les sociétés modernes, qui puisse nous en donner une idée (1). Ce n'est pas encore dire assez, et j'irais volontiers jusqu'à affirmer, avec M. Accarias (2), que, chez les Romains, la stipulation était la règle, et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception. Et que l'on ne soit pas surpris si celui de tous les contrats qui est le moins pratique en apparence, était en réalité le plus pratiqué : car je vais

(1) L'on peut s'en convaincre en parcourant le recueil de Brisson, *de Formulæ*, VI, 158-193. Voyez aussi Spangenberg, *Tabulæ neg. sol.*, n. 22, 23, 26, 28, 29, 34, 38, etc.

(2) *Contrats innommés*, page 10.

essayer de montrer que ce caractère abstrait de la stipulation, qui semblait au premier abord l'exclure de la pratique, en faisait au contraire l'instrument de commerce le plus commode et le plus précieux.

Voici un créancier qui se présente devant le juge. Il n'a pas stipulé, je le suppose, et sa créance est une de ces créances *naturelles* dont je parlais tout à l'heure. Or une créance *naturelle* ne peut se concevoir abstraction faite de la cause naturelle d'où elle émane ; on ne peut, pour ainsi dire, la détacher du contrat où elle a pris racine, on ne peut la soumettre au juge sans lui soumettre par là même le contrat tout entier. Que va-t-il en résulter ? C'est que notre créancier ne pourra gagner son procès qu'à deux conditions. En premier lieu, il devra indiquer la cause naturelle de sa créance et prouver cette cause. Est-ce une somme prêtée qu'il réclame, il lui faudra prouver la numération des deniers à l'emprunteur ; est-ce un prix de vente, il lui faudra prouver l'existence de la marchandise ; est-ce un reliquat de compte à la suite d'une société, d'un mandat, d'une gestion d'affaires, ce sont tous les détails de la gestion qu'il aura à prouver. Ce n'est pas tout ; il devra, en second lieu, s'il veut obtenir l'exécution du contrat à son profit, exécuter lui-même de son côté les obligations que le contrat lui impose ; il ne pourra demander compte de leurs recouvrements au gérant ou au mandataire sans leur tenir compte de leurs déboursés ; il ne pourra réclamer le paiement du prix de vente sans livrer d'abord la marchandise et sans déduire du prix convenu les indemnités dont il peut se trouver redevable envers l'acheteur (1). De tout cela, en résumé, que faut-il conclure ? c'est que ces liens indissolubles qui

(1) Gaius, IV, 64 ; — § 39, J. *de act.*, IV, 6 ; — LL. 13 § 8, 25, D. *de act. emti*, XIX, 1.

rattachent une créance à sa cause naturelle, seront autant d'entraves pour le créancier dans la poursuite de son droit.

Mais pour se débarrasser de ces entraves, le créancier a un moyen, et ce moyen bien simple, c'est précisément la stipulation. Il échangera avec son débiteur les paroles consacrées : « Mille mihi dare spondesne ? Spondeo » ; et aussitôt, par la puissance de la stipulation, la créance sera détachée de sa cause naturelle. Désormais renfermée dans le cercle étroit et inflexible d'une formule, séparée de tous les rapports juridiques plus ou moins incertains et compliqués au sein desquels elle avait pris naissance, la créance aura acquis ces caractères de simplicité, de certitude et de précision qui sont si précieux dans le commerce. Désormais le créancier n'aura plus à craindre ni déductions ni décomptes ; il n'aura plus besoin, pour faire valoir son droit, d'en justifier l'origine : qu'il y ait eu, avant la stipulation, vente, mandat, société, peu importe ; une fois stipulée, la somme due n'est plus un prix de vente ni un reliquat de compte, valeurs toujours incertaines et que le juge n'aurait pu fixer qu'en tenant compte de toutes les circonstances auxquelles se rattachait l'obligation ; ce qui est dû, c'est cent, c'est mille, c'est une quantité abstraite et par conséquent invariable, et l'on peut dire, en faisant abstraction des chances d'insolvabilité du débiteur, que le créancier, une fois nanti du billet qui constate la stipulation, a dans les mains une valeur presque aussi certaine que s'il tenait de l'argent comptant.

Pour comprendre mieux encore toute la puissance de la stipulation, il faut remonter jusqu'à son origine et jeter un coup d'œil sur ces temps obscurs où le droit romain commençait à se former. On se fait souvent une fausse idée des législations primitives. On s'imagine volontiers

que les sociétés humaines, dans l'ignorance et la simplicité des premiers âges, n'ont pris pour guides que la nature et l'équité, et que ces contrats *naturels*, dont je parlais tout à l'heure, sont les premiers qu'elles aient connus. Mais cette conception *a priori* est tout juste le contrepied de ce que l'histoire nous enseigne. Les peuples, dans leurs lois, finissent par l'équité, ils ne commencent jamais par elle. Le premier besoin qu'ils éprouvent, lorsque tous les rapports sociaux sont encore désordonnés et confondus, c'est celui de règles fixes et précises. Or, pour donner aux actes de la vie civile ce caractère de précision, il n'y a que deux procédés possibles : l'un consiste dans une théorie savante, qui, étudiant tous ces actes tels qu'ils se présentent dans la vie réelle avec leurs complications innombrables et leur infinie variété, parvient à déterminer et à définir chacun d'eux suivant sa forme naturelle. Mais cette théorie est le but suprême de la science, et ce n'est qu'après de longs siècles d'efforts que les jurisconsultes romains eux-mêmes ont pu, je ne dis pas y atteindre, mais en approcher. Il est un procédé plus simple et plus grossier pour les législations naissantes : elles créent un certain nombre de rites et de formules et refusent leur sanction à tout acte qui n'a pas revêtu les formes consacrées. Ainsi procéda le droit romain à l'origine : pour prévenir tout arbitraire dans l'administration de la justice, il établit deux séries de formules, l'une pour les contrats, l'autre pour les procès, et, durant de longs siècles, toute l'activité des jurisconsultes et des prêteurs n'eut pour but que d'élaborer et de perfectionner ce double formulaire (1). Ce système était combiné de façon

(1) Cicéron, *de leg.*, I, 4 : « ... Componere stipulationum et iudiciorum formulas. » Le mot *actiones* désignait indistinctement, dans le principe, ces deux classes de formules : les *actiones Hosti-*

qu'un créancier ne pût soumettre son droit à l'examen du juge qu'après l'avoir deux fois précisé et réduit en formule, la première fois en contractant, la seconde en posant ses conclusions au début du procès; et la plus étroite connexité, la plus exacte concordance reliait entre elles ces deux formules, car la seconde n'était qu'une répétition et comme un écho de la première. On voit quelle était, dans un tel système, l'utilité de la stipulation: en stipulant, le créancier dictait à son débiteur la formule légale par laquelle celui-ci se condamnait d'avance. Il avait dit en contractant: « Centum mihi dare spondesne? » et il répétait en ouvrant l'instance: « Aio te centum mihi dare oportere » (1). La formule judiciaire n'était, on le voit, qu'un écho de la formule du contrat (2). C'était la stipulation qui conférait le droit d'agir, qui donnait force et vie à la créance (3).

On peut, à cet égard, rapprocher de la stipulation un acte solennel d'un autre genre. Celui qui acquiert la

lianæ (Cicéron, *de orat.*, I, 57), *Manilianæ* (Varron, *de re rustica*, II, 5, 7), *usurpationum* (L. 2, § 36, D. *de O. J.*, I, 2), étaient des formules extrajudiciaires.

(1) Valerius Probus, *de juris not.*, 4.

(2) Gaius, IV, 53 *in fine*: « Sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulæ concipi debet. » — Cfr. Liebe, *Stipulation*, p. 9.

(3) La stipulation tenait lieu de cause naturelle. La formule: « Centum dare spondesne? » avait la même efficacité d'après le droit civil que la numération de cent deniers à l'emprunteur d'après le droit des gens. C'est ce que font entendre les jurisconsultes romains quand ils disent: « Stipulatio... pecuniam creditam continet » L. 7, D. *de V. O.*, XLV, 1; L. 3, § 3, D. *ad sc. Maced.*, XIV, 6. Bien des auteurs, forçant le sens de ces textes, en ont induit que la stipulation était un prêt fictif et dérivait du *nexum*: c'est une conjecture peu vraisemblable, car la stipulation est au moins aussi ancienne que le *nexum* (Huschke, *Nexum*, p. 99 sqq.), et comme elle s'explique fort bien par elle-même, il ne faut pas recourir à des fictions pour l'expliquer.

propriété par mancipation, comme celui qui stipule, prononce une formule sacramentelle, et cette formule lui confère par elle-même l'action en justice, car pour agir en justice, il lui suffira de la répéter (1). Il n'aura point à expliquer devant le juge pourquoi le propriétaire a consenti à se dépouiller de son bien ; on ne lui demandera point s'il y a eu quelque contrat antérieur, vente, échange, règlement de comptes, qui explique la mancipation et en soit la cause naturelle (2). Que la cause de la mancipation soit réelle ou mensongère, qu'elle soit honnête ou honteuse, que le propriétaire ait voulu abandonner son bien pour toujours ou seulement pour un temps et à titre de commodat, de dépôt ou de gage (3), il n'importe : dans tous les cas la mancipation s'est célébrée avec la même formule, dans tous les cas par conséquent elle a conféré le même droit, c'est-à-dire une propriété pleine et entière. Or la mancipation n'a pas plus de force pour conférer le droit de propriété que n'en a la stipulation pour conférer le droit de créance ; dans les deux cas, le droit acquis est un droit invariable et absolu, car il est indépendant de toutes les circonstances au milieu desquelles il a pu naître. Par la stipulation, le droit de créance se rapproche, autant que le permet sa nature, du droit de propriété ; la somme stipulée d'un débiteur sol-

(1) Formule de mancipation : « Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est.... » Gaius, I, 119.

— Formule de revendication : « Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam... » Gaius, IV, 16.

(2) D'ailleurs la mancipation, étant « une sorte de vente imaginaire » (Gaius, I, 119), est censée avoir sa cause en elle-même, et n'a nul besoin par conséquent d'une cause naturelle antérieure. La tradition, elle aussi, est, dans une certaine mesure, indépendante de toute cause naturelle, de tout contrat antérieur. L. 36, cfr. L. 34, D. *de A.D.*, XLI, 1.

(3) Gaius, II, 60.

vable, je l'ai déjà dit plus haut, équivaut presque à de l'argent comptant (1).

Cela est si vrai que, de nos jours, les législateurs qui ont voulu faire de la lettre de change une espèce de papier-monnaie, ont dû lui attribuer précisément le caractère que je viens de signaler dans la stipulation romaine. Ils ont séparé la lettre de change de sa cause naturelle en la déclarant indépendante du contrat de change et de la provision, et ont concentré dans sa formule toute sa force obligatoire. La formule moderne : « Payez tel jour à mon « ordre mille francs, etc. », a exactement la même valeur que la formule antique : « Mille sestertium mihi dare « spondesne? Spondeo »; dans les deux cas on peut dire: « Verbis, litteris, obligatio facta est. » Tels sont les principes qui prévalent aujourd'hui en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis, et qui ne tarderont pas, on

(1) Le rapprochement que j'indique ici n'est point une idée moderne. La loi romaine l'a exprimé avec autant de précision que de justesse dans ses formules de procédure : la formule qu'on délivrait au *stipulator certæ pecuniæ* et celle qu'on délivrait au propriétaire ont cela de commun qu'elles sont l'une et l'autre sans *demonstratio* (Cicéron, *pro Roscio comædo*, 5), c'est-à-dire qu'on n'y indique point l'origine, la cause naturelle du droit réclamé, car cette cause est sans influence sur le droit lui-même, lequel demeure fixe et invariable. Au contraire, si le créancier agit en vertu d'une vente, d'un dépôt ou de quelque autre contrat naturel, sa formule d'action devra avoir une *demonstratio* (Gaius, IV, 40), car ici le droit réclamé ne peut se détacher de sa cause naturelle (voyez *supra*, p. 123). Il y a exception pour le *mutuum* ou prêt d'argent, la formule d'action étant ici la même que pour la *stipulatio certa* (Cicéron, *loc. cit.*) : c'est que, dans l'origine, le *mutuum* était, comme la stipulation, un contrat solennel (*nexum*), et que d'ailleurs la créance du prêteur est tout aussi nettement déterminée par la numération des deniers qu'elle pourrait l'être par une formule. De là cette anomalie dans la classification des contrats: le *mutuum* appartient aux contrats naturels par sa forme, il imite les contrats solennels par ses effets.

peut le prévoir, à pénétrer chez nous. (1). Ainsi, de tous les côtés, la science moderne vient consacrer, après plus de vingt siècles, l'idée que, dans des temps encore à demi barbares, un admirable instinct pratique avait révélée aux Romains.

Mais, s'il a son utilité pratique, le système des formules a aussi ses dangers. L'équité est souvent froissée, la volonté des contractants mutilée par ce mécanisme artificiel et brutal que la loi formaliste substitue au jeu naturel des transactions humaines. De là cette lutte incessante entre le principe du formalisme et celui de l'équité, qui remplit toute l'histoire de la jurisprudence. Déjà du temps de Gaïus, du temps même de Cicéron, la lutte était engagée, et bien qu'à cette époque la formule de la stipulation conservât encore, en principe, toute sa puissance, plus d'un tempérament équitable était venu, dans la pratique, en modérer les effets.

En premier lieu, la jurisprudence avait brisé les cadres trop étroits de l'ancien formalisme, et admis, à côté du contrat verbal, toute une série de contrats naturels (2). Elle ne s'était point arrêtée là, et, attaquant le formalisme jusque sur son propre terrain, elle en était venue à exiger, pour la stipulation elle-même, une cause naturelle. Le débiteur imprudent, qui n'avait prononcé la formule fatale que par erreur et en vue d'une cause fausse et mensongère, trouva, dans cette jurisprudence équitable, une double protection : d'une part, un moyen de défense, l'*exceptio doli*, par laquelle il repoussait les poursuites du créancier ; d'autre part, un moyen d'attaque, la

(1) Salpius, *Novation*, p. 460, 465 ; — Byles, *Bills of exchange*, ch. 10 ; Demangeat sur Bravard-Veyrières, t. III, p. 56.

(2) « Qui re vel consensu fiebant. » Les contrats *innommés* sont les derniers venus dans cette série de contrats nouveaux.

condictio sine causa, par laquelle il répétait la créance qu'il avait imprudemment fournie et contraignait le créancier à lui donner quittance (1). Mais la stipulation sans cause, bien que menacée dès lors de deux côtés à la fois, ne devint pas cependant une stipulation sans valeur. Ce qui le prouve, c'est que les deux moyens par lesquels on pouvait la combattre, n'étaient, l'un comme l'autre, que des moyens indirects, qui, loin d'impliquer la nullité de l'obligation, en supposaient au contraire l'existence : en se réfugiant derrière l'*exceptio doli*, le débiteur reconnaissait que l'affirmation de son adversaire : « Aio te mihi dare oportere », était en elle-même incontestable ; de même, en intentant la *condictio sine causa*, le débiteur reconnaissait implicitement son obligation, car s'il n'eût pas été obligé, il n'aurait pas eu besoin d'exiger une quittance et sa *condictio* aurait été sans objet. Il en était d'une stipulation sans cause absolument comme d'une translation de propriété sans cause, et l'analogie que je signalais plus haut (2) entre ces deux actes, reparait ici avec plus d'évidence : si, vous croyant à tort mon débiteur, vous me faites mancipation ou tradition de votre maison ou de votre champ, j'en deviens aussitôt pleinement propriétaire, bien que je sois ensuite exposé à une action personnelle de votre part et obligé de vous rendre cette maison ou ce champ injustement acquis ; et si, sous l'empire de la même erreur, vous me promettez par la formule de la stipulation votre maison ou votre champ, j'en deviens aussitôt pleinement créancier, bien que je sois ensuite exposé à une *condictio* de

(1) C'est ce qu'on appelait *condicere obligationem* (L. 1, D. de cond. s. c., XII, 7) ou *condicere liberationem* (L. 1, D. ut in poss. leg., XXXVI, 4).

(2) Voyez *supra*, p. 127.

votre part et obligé de vous remettre cette créance injustement acquise. La stipulation sans cause produit tout d'abord son plein et entier effet, bien que cet effet soit ensuite corrigé, en ce qu'il a d'inique et d'excessif, grâce aux remèdes apportés par la jurisprudence (1). Cette distinction, capitale en théorie, n'est pas indifférente en pratique; car la jurisprudence ne corrige ainsi la rigueur du droit que pour les débiteurs qui en sont dignes, elle ne prodigue pas cette faveur à tous les débiteurs imprudents. Il y a donc, on le comprend, une grande différence entre la stipulation sans cause au temps de Gaïus et le contrat sans cause dans notre droit actuel : de nos jours, une promesse sans cause n'a pas plus de valeur ni d'existence qu'une promesse sans consentement, puisque la cause, non moins que le consentement, est un élément essentiel du contrat et en fait partie intégrante (2); chez les Romains au contraire, la cause d'un contrat verbal n'est qu'une circonstance en dehors du contrat, je dirais presque étrangère au contrat; le contrat verbal se suffit à lui-même : destitué de cause, réduit à une simple formule, il conserve encore, en principe, toute sa valeur (3).

Mais le contrat verbal avait eu bien d'autres modifications à subir. Sa forme même s'était altérée : à côté de la formule traditionnelle, qui, dans sa précision mathématique,

(1) Ce rapprochement entre la tradition et la stipulation se rencontre fréquemment dans le Digeste. L. 1, D. *de cond. s. c.*, XII, 7; — L. 76, D. *de J. D.*, XXIII, 3. — Bähr, *Anerkennung*, p. 30 *in fine* et suiv.

(2) Code Napoléon, art. 1131.

(3) La différence que je signale entre le droit romain et le droit moderne, bien qu'incontestable au fond, est formulée tout autrement par plusieurs auteurs. D'après ces auteurs, le droit romain comme le droit moderne exigerait une cause pour toute obligation; seulement le mot *causa* en droit romain aurait

que, ne pouvaits'appliquer, comme notre lettre de change, qu'à une somme d'argent (1), la pratique avait introduit des formules plus larges, mais plus vagues, applicables aux objets les plus divers, les plus indéterminés (2).

un tout autre sens que le mot *cause* dans notre droit : par *causa*, il faudrait entendre tout ce qui *produit* l'obligation, ainsi pour l'obligation *verbis* la formule orale, pour l'obligation *litteris* la formule écrite, pour l'obligation *consensu* le consentement lui-même. Tel n'est pas, je crois pouvoir l'affirmer, le langage des jurisconsultes romains ; la *causa* en droit romain, tout comme la *cause* dans notre droit, c'est ce qui répond à cette question : pourquoi vous êtes-vous obligé ? Si l'on adresse cette question à un emprunteur, il répondra : « Parce que j'ai touché l'argent » ; ici donc, et dans tous les contrats *re*, la *causa*, c'est la *res*, c'est-à-dire un élément essentiel du contrat (L. 7, § 2, D. de *pact.*, II, 14). Si l'on adresse cette question à un acheteur, il répondra : « Parce que le vendeur m'a promis sa marchandise » ; ici donc, et dans tous les contrats synallagmatiques, la *causa*, c'est l'obligation de l'autre partie, c'est-à-dire un élément essentiel du contrat. Mais si l'on adresse cette question à celui qui a promis *verbis*, il ne pourra y répondre qu'en indiquant la circonstance qui l'a déterminé à promettre (par ex., il devait auparavant quelque chose au stipulant, ou bien il a reçu quelque chose de lui en retour de sa promesse, etc.) ; ici donc la *causa* est une circonstance en dehors du contrat, elle n'est plus un élément du contrat, qui est *parfait sans cause*. Il y avait donc, en droit romain, deux espèces d'obligations conventionnelles : les obligations *naturelles* (*re*, *consensu*, — voyez *supra*, p. 121, note 2), qui n'existaient point sans *causa*, et qui étaient semblables aux obligations du droit moderne, et les obligations par formules (*litteris*, *verbis*), qui existaient sans *causa* et qui ont disparu aujourd'hui. Cfr. E. 2, § 3, D. de *doli m.*, XLIV, 4 : « *sine causa stipulatus...* »

(1) Cfr. Gaius, IV, 19 ; — § 7, J. de *V. O.*, III, 15 ; — LL. 68, 81, D. de *V. O.*, XLV, 1. — *Stipulatio* vient de *stips*, monnaie. Varron, de *L. L.*, V, 182 ; Festus, *v° stipem*.

(2) D'abord la stipulation *de omni certa re*, puis la stipulation *incerta*. A ces nouvelles formules de stipulation correspondaient de nouvelles formules d'action (*condictio triticaria*, *incerta*), plus vagues elle aussi (Gaius, IV, 41, § 1). et ayant en conséquence une démonstration (voyez *supra*, p. 128, note 1) : « *Quod A. A. incertum*

Dès lors il fut aisé aux contractants de rattacher plus étroitement leur stipulation à sa cause naturelle : celui qui était devenu créancier par une cause quelconque, au lieu de stipuler une somme fixe, stipulait « ce qui lui était dû » : le vendeur stipulait son prix de vente, le bailleur ses fermages, la femme sa dot, et de cette façon le stipulant ne pouvait agir qu'en prouvant qu'il y avait eu vente, louage, constitution de dot, et qu'en un mot la stipulation avait une cause ; car il est bien évident que, si j'ai stipulé « ce qui m'est dû », quand il ne m'est rien dû, c'est comme si j'avais stipulé le contenu d'une bourse vide. Toutefois, si la stipulation, conçue en de pareils termes, perdait en fait une grande partie de son utilité, en droit et en théorie elle conservait intact son caractère essentiel, elle restait, en principe, indépendante de sa cause : en effet, si la stipulation d'un prix de vente était nulle lorsqu'il n'y avait point eu de vente, elle était nulle, qu'on le remarque bien, non point parce qu'elle était une stipulation *sans cause*, mais parce qu'elle était une stipulation *sans objet* ; et quand le juge examinait si la vente était réelle et valable, ce n'est point la cause de la stipulation qu'il recherchait, mais son objet qu'il évaluait. La stipulation *incerta* ne différait de la stipulation *certa* que par son objet, non par son essence. La formule s'était assouplie et pliée aux besoins variés du commerce, mais c'était toujours la formule qui produisait l'action et la créance. *Verbis fiebat obligatio.*

stipulatus est. » Gaius, IV, 436, 437. De là le nom d'action *ex stipulatu*. Pr. J. de V. O., III, 15.

III.

En expliquant tout à l'heure l'origine et la nature de la stipulation, j'expliquais par avance l'origine et la nature de la novation elle-même. Lorsqu'un créancier, voulant donner à sa créance une forme plus régulière, stipule ce qu'on lui doit, on dit à bon droit qu'il a *nové* sa créance, c'est-à-dire qu'il l'a éteinte pour en acquérir une nouvelle : car désormais, quand il agira contre son débiteur, c'est la stipulation qu'il prendra comme point de départ, il ne remontera point au delà, puisque la stipulation se suffit à elle-même et est indépendante de tout ce qui l'a précédée; le droit antérieur du créancier est donc devenu inutile (1); or un droit qui devient inutile est un droit qui cesse d'exister.

Pour mieux comprendre cet effet extinctif de la stipulation, on n'a qu'à la rapprocher d'un acte juridique auquel je l'ai déjà plusieurs fois comparée. La mancipation, comme la stipulation, se suffit à elle-même : quelles que puissent être les circonstances particulières dans lesquelles ces deux actes interviennent, quelle que puisse être la *cause* de ces deux actes, ils produisent toujours l'un et l'autre leur effet essentiel, qui est de conférer le droit de propriété et le droit de créance. Mais si cette cause est une obligation antérieure, si c'est une chose *déjà due* qui fait l'objet de la mancipation ou du contrat verbal, alors ces deux actes produisent en même temps un second effet inséparable du premier (2), ils étei-

(1) *Inutile* au point de vue d'une loi formaliste et étroite, qui n'accorde, en fait de droits, que le *strict nécessaire*.

(2) Je dis *inséparable* : car, au temps de Gaius où je me suis placé, la novation était le résultat *forcé* de la formule, sans qu'il fût besoin d'*animus novandi*. C'est ce que j'essayerai de prouver dans un prochain article.

gnent cette obligation antérieure ; en conférant au créancier un droit nouveau, ils lui font perdre le droit qu'il avait déjà ; par la *mancipatio debiti* la créance est payée, par la *stipulatio debiti* elle est novée, et dans les deux cas elle s'éteint, car dans les deux cas elle a produit tout l'effet qu'elle devait produire : le créancier est *satisfait* (1). Bien souvent de nos jours un créancier se tient pour satisfait lorsque, au lieu d'un paiement en argent, il reçoit des lettres de change ou d'autres effets de commerce. A plus forte raison les Romains pouvaient-ils considérer la stipulation comme l'équivalent d'un paiement effectif, et dire avec un de leurs jurisconsultes : « Stipulationem similem esse solutioni existimamus » (2).

Les jurisconsultes romains comparaient encore la formule de la stipulation à la formule de l'action judiciaire (3), et cette seconde comparaison, que j'ai également indiquée plus haut, n'est pas moins instructive que la précédente. La ressemblance entre ces deux formules apparaît tout d'abord dans leur rédaction même : il semble que, en composant leurs formules de novation, les *prudentes* les aient calquées sur les formules d'action qu'avaient composées les préteurs (4). Analogues dans leurs

(1) Cfr. L. 11 pr., § 1, D. de pign. act., XIII, 7;—L. 13, § 4, D. de pignor., XX, 1; —L. 176, D. de V. S., L, 16.

(2) L. 31, D. h. t.;—L. 21, § 3, D. de ann. leg., XXXIII, 1: «... Quæ per numerationem vel novationem solutæ sunt.» —L. 8, § 3, D. ad sc. Vellei., XVI, 1: «... Solvit et qui reum delegat.» —L. 187, D. de V. S., E, 16.

(3) L. 29, D. h. t.;—L. 2, § 8, D. de hered. vend., XVIII, 4;—L. 22, D. de adm. tut., XXVI, 7; —Fr. Vatic., 263.

(4) Voyez surtout la formule de la stipulation aquilienne (§ 2, J. q. m. toll. obl., III, 29): « Quidquid... ex quacumque causa dare facere oportet... quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam... » Voyez aussi les formules suivantes : « Quidquid ob eam rem, si tunc liber fuisset, eum dare oporteret... » L. 1, § 4,

formes, elles l'étaient aussi dans leurs effets. La formule judiciaire, qui armait le créancier de l'action en justice et lui conférait ainsi un droit nouveau, éteignait par là même le droit antérieur (1) : ici encore, le droit devait s'éteindre, parce que, en produisant l'action, il avait produit tout l'effet qu'il pouvait produire ; il devait tomber, si j'ose ainsi dire, comme tombe la fleur quand le fruit vient à se former. De son côté, la formule de la stipulation était, on l'a déjà vu, une sorte de préliminaire habituel à l'action en justice : elle préparait la formule judiciaire comme celle-ci à son tour préparait la condamnation (2); c'étaient comme autant d'étapes successives qui conduisaient le créancier à la réalisation de son droit ; une fois engagé dans cette route, il ne lui était plus permis de revenir sur ses pas, et à chaque étape nouvelle il perdait sans retour tout ce qu'il laissait derrière lui (3).

C'est ainsi qu'à l'origine la formule de la stipulation produisait deux effets du même coup, et c'est grâce à cette double efficacité qu'elle était devenue, dans la pratique, un instrument d'un usage universel et propre aux opérations les plus variées. Par elle on pouvait tour à tour créer l'obligation, la modifier, la transformer, la faire circuler dans le commerce et enfin la détruire. Toutes ces

D. *quar. rer. act.*, XLIV, § ; — « Quidquid ex vendito dare facere oportet... » L. 27, *h. t.*; — LL. 29 § 1, 76 § 1, D. *de V. O.*, XLV, 1; — L. 72, § 3, D. *de solut.*, XLVI, 3. — Salpius, *Novation*, § 29.

(1) Gaius, III, 180 : « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione. » Il vient de parler de la novation.

(2) Ce caractère, évident dans la *sponsio præjudicialis*, et dans la *stipulatio prætoria, quæ instar actionis habet* (L. 10, § 3, D. *de compens.*, XVI, 2; L. 37, D. *de O. et A.*, XLIV, 7), se retrouve aussi dans la stipulation conventionnelle.

(3) Je ne puis qu'énoncer ces idées : les preuves et les développements dont elles auraient besoin, excèderaient les bornes d'un article de revue.

opérations, sauf la première, constituaient des novations, et l'on peut juger par là de quelle utilité était la novation dans la pratique romaine. Je vais m'arrêter un moment sur ce point, et, après avoir montré, dans le précédent paragraphe, quel était l'usage de la stipulation en général, je vais montrer, dans celui-ci, quels étaient les emplois si multiples et si divers de la *stipulatio debiti* en particulier.

1. Et d'abord, en stipulant ce qui lui était dû, le créancier n'avait souvent pour but que de donner à sa créance une forme plus régulière et de se ménager ainsi un moyen d'action plus énergique et plus sûr. Tant qu'elles n'avaient pas été revêtues de la forme légale et qu'elles étaient restées dans leur forme naturelle, les créances conventionnelles n'étaient sanctionnées, pour la plupart (1), que par des actions *de bonne foi*, actions qui se portaient devant des *arbitres* et non pas devant des *judges*, et qui se réglaient d'après l'équité et les usages du commerce et non pas selon la rigueur du droit (2). Il fallait donc, si l'on voulait porter ces créances devant des *judges* suivant la procédure traditionnelle, les faire passer d'abord par la formule de la stipulation, et cette formule était on ne peut mieux appropriée à un pareil usage, étant à la fois assez souple pour recevoir les conventions les plus variées, et assez précise pour s'adapter exactement à la formule du procès. Au reste, les parties pouvaient, à leur choix, formuler leur obligation de deux manières bien différentes; s'il s'agissait, par exemple,

(1) Il n'y a d'exception que pour le *mutuum*, et j'ai indiqué plus haut les motifs de cette exception (voyez *supra*, p. 128, note 1 *infra*).

(2) « *Æquius melius — ut inter bonos bene agier.* » Cicéron, *Topic.* 17; *ad famil.*, VII, 12; *de offic.*, III, 15-17. Cfr. Savigny, t. V, § 219.

d'un prix de vente de 10,000 sesterces, les parties pouvaient dire : « Sestertium decem millia mihi dare sponde desne? Spondeo » ; elles pouvaient dire aussi : « Quiquid ex vendito dare facere oportet, id mihi dare spondesne? Spondeo » (1); et suivant qu'elles avaient choisi l'une ou l'autre forme de stipulation, elles obtenaient des résultats très-différents.

Si les contractants s'étaient servis de la première formule, ils ne pouvaient agir en justice qu'avec la formule correspondante : « Si paret N^{um} N^{um} A^o A^o sestertium decem millia dare oportere, judex N^{um} A^o sestertium decem millia condemna » (2). C'était la *condictio certi*, c'est-à-dire la plus stricte de toutes les actions et par là même la plus rapide et la plus sûre : la plus rapide, car elle menaçait des peines les plus sévères le débiteur récalcitrant (3); la plus sûre, car elle ne laissait aucune place à l'arbitraire : deux formules également inflexibles, celle de la stipulation et celle du procès, dictaient au juge sa sentence.

La seconde stipulation : « Quiquid ex vendito dare facere oportet, etc. », avait, comme la première, sa formule d'action correspondante : « Quod A^{us} de N^o stipulatus est, quiquid paret ob eam rem N^{um} A^o dare facere oportere, ejus, judex, N^{um} A^o condemna » (4). C'était la *condictio incerti*, ou mieux encore l'action *ex stipulatu*. Elle était moins stricte que la précédente, et se rapprochait, comme on va le voir, des actions de bonne foi : d'abord les deux formules de la stipulation et de l'action, étant l'une et

(1) Voyez *supra*, p. 133.

(2) C'est la formule qui, au temps de Gaïus, avait remplacé celle citée plus haut, p. 126. Voyez Gaïus, IV, 44, 43.

(3) Gaïus, IV, 171.

(4) Gaïus, IV, 136, 44, arg. 47. — Huschke, de act. formulis quæ in L. Rubria exst., p. 33.

l'autre indéterminées (*quiquid*, etc.), laissaient au juge un pouvoir d'appréciation plus étendu; ensuite, ces formules se référant au contrat de vente (*quiquid ex vendito*, etc.), le juge devait s'y référer lui-même et procéder dès lors, en exécution de ces formules, précisément comme l'eût fait un arbitre saisi de l'action de vente. Mais, s'il en était ainsi, si la *condictio* dégénérait en un arbitrage, que devenait l'utilité de la novation? Qu'avaient gagné les parties à remplacer leur ancienne action par une nouvelle, s'il n'y avait qu'une différence de nom entre la première et la seconde? On peut répondre, je crois, malgré l'insuffisance de nos documents sur ce point, qu'il y avait entre ces deux actions une différence réelle, et que, si elles conduisaient l'une et l'autre au même résultat, elles n'y conduisaient pas par le même chemin; le juge, bien qu'investi en ce cas des mêmes pouvoirs qu'un arbitre, n'en était pas moins un *juge* choisi dans les *décuries* des *judices selecti*, et par suite toutes les règles de forme et de procédure étaient sans doute celles d'un *strictum iudicium* et non pas celles d'une action de bonne foi (1).

Au reste, cette transformation d'un rapport d'équité en un rapport de droit strict, pouvait avoir lieu, non dans l'intérêt du créancier, mais dans celui du débiteur. En renfermant sa dette en une formule, le débiteur la limitait, et dès ce moment toutes les prestations accessoires d'équité, d'usage ou de convenance, s'en trouvaient exclues. Ainsi le débiteur n'avait plus à fournir désormais des intérêts légaux ou moratoires (2). Il était affranchi, du moins en cas de *stipulatio certa*, du soin de conserver et d'entretenir la chose due (3). Enfin, les rigueurs mêmes

(1) Savigny, t. V, § 218, note f.

(2) L. 32, § 2, D. de usur., XXII, 1; — L. 27, D. h. t.

(3) L. 91, D. de V. O., XLV, 1. — La conversion de la dette en

de la *condictio certi* étaient pour le débiteur une sauvegarde en même temps qu'un danger, car cette action était impartiale dans ses rigueurs et elle châtiât une injuste agression non moins sévèrement qu'une injuste résistance (1).

2. Ce n'est pas tout. La novation servait parfois, non plus à préparer les poursuites contre le débiteur, mais à préparer, au contraire, sa libération. Pour faire comprendre ce second usage de la *stipulatio debiti*, j'ai besoin de rappeler d'abord quelques principes généraux sur l'extinction des créances.

« Rien n'est plus naturel, disaient les jurisconsultes romains, que de dissoudre une obligation de la même manière qu'on l'a contractée » (2). Or, comme une obligation pouvait se contracter de deux manières, par des modes naturels, tels que le prêt, la vente, etc., et par des formules obligatoires, il fallait qu'il y eût aussi deux manières de la dissoudre, des modes naturels, tels que le paiement, et des formules libératoires (3). De plus, ces secondes formules devaient concorder avec les premières, en sorte qu'à chaque forme d'obligation répondit une forme de libération corrélative : ainsi, à la formule de la stipulation : « Centum spondesne? Spondeo », correspondait la formule de l'acceptilation : « Centum habesne accepta? » « Accepta habeo » (4). Enfin, pour que la symétrie fût

une *stipulatio incerta*, n'aurait pas modifié, je crois, la responsabilité du débiteur.

(1) Gaius, IV, 53, 180.

(2) LL. 35, 100, D. de R. J., L. 17.

(3) L. 107, D. de solut., XLVI, 3 : « Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter : naturaliter, veluti solutione... » « civiliter, veluti acceptilatione... »

(4) Gaius, III, 169 ; — L. 14 in fine, D. de accept., XLVI, 4 : « ... Verbis » « verba ea demum resolvi possunt quæ inter se congruunt. » — De

parfaite, il fallait que chaque formule de libération s'appliquât exclusivement aux obligations créées par la formule correspondante : ainsi l'acceptilation ne pouvait s'appliquer à l'obligation résultant d'un prêt ou d'une vente, et en général les formules libératoires ne pouvaient s'appliquer aux obligations créées par des modes naturels.

Mais si ces formules étaient restreintes dans leur application, elles étaient, en revanche, très-énergiques dans leurs effets. Ainsi l'acceptilation, que je prends toujours pour exemple, car c'est la seule de ces formules dont le Digeste fasse encore mention, l'acceptilation, dis-je, imitait la stipulation, non-seulement dans sa forme, mais dans ses effets, et elle n'avait pas moins de puissance pour détruire la dette que n'en avait la stipulation pour la créer. Elle était donc, comme la stipulation, indépendante de sa cause naturelle : peut-être le créancier, quand il avait dit : « *acceptum habeo* », avait-il en réalité reçu le paiement de sa créance, peut-être s'était-il contenté d'un équivalent, peut-être avait-il voulu gratifier son débiteur, peut-être enfin s'était-il trompé, se croyant payé lorsqu'il n'en était rien ; quoi qu'il en fût, il avait prononcé la formule, et cette formule, par elle seule, conférait au débiteur sa libération (1). Elle était donc avantageuse même pour le débiteur qui avait payé, car elle le dispensait de prouver le paiement ; elle était tout aussi

même au contrat *per aes et libram* correspondait la *solutio per aes et libram*. Gaïus, III, 173 sqq. ; — à l'*expensilatio*, l'*acceptilatio litteris*. — Ortolan, *Instituts*, t. III, n. 1682 et suiv.

(1) L'acceptilation *sine causa* est traitée exactement comme la stipulation *sine causa* : elle peut être répétée par une *condictio*, mais elle n'en produit pas moins d'abord tout son effet. LL. 4, 10, D. de *cond. c. d.*, XII, 4 ; — L. 8, § 8, D. ad *sc. Vellei.*, XVI, 1 ; — L. 9, D. *præscr. verb.*, XIX, 5.

utile au débiteur libéré pour consacrer sa libération, que la stipulation était utile au créancier pour consolider sa créance. L'acceptilation, en un mot, était la quittance authentique et solennelle dont tout débiteur avait besoin (1).

En résumant tout ce qui précède, nous arrivons à ce double résultat : d'un côté l'acceptilation est utile à tous les débiteurs, d'autre part elle n'est possible qu'à l'égard de quelques-uns ; car la formule verbale ne peut éteindre, on l'a déjà vu, que les obligations verbales ; ainsi quiconque s'est obligé par un emprunt, un achat ou tout autre mode naturel, ne pourra obtenir de quittance solennelle, quelque besoin qu'il en puisse avoir. Comment sortir de cet embarras ? C'est précisément la novation qui nous en fournit le moyen, car elle transforme toute espèce de dette en dette verbale et rend ainsi toute espèce de dette susceptible d'acceptilation (2).

Voilà donc deux usages bien divers de la *stipulatio debiti* : employée seule, elle sert à régulariser et à sanctionner toute espèce d'engagement ; combinée avec l'acceptilation, elle régularise et consacre toute espèce de convention libératoire : toute transaction, toute remise, toute compensation conventionnelle, toute cession en paiement, toute convention libératoire en un mot, devient régulière et pleinement efficace dès que le débiteur et le

(1) C'est une erreur de supposer que l'acceptilation est une remise gratuite et exclut l'idée de paiement. L. 19, § 1, D. de *accept.*, XLVI, 4 : « Inter acceptilationem et apocham hoc interest, « quod acceptilatione *omnimodo* liberatio contingit, licet pecunia « soluta non sit... » Voyez aussi L. 89, D. de *solut.*, XLVI, 3.—Bæhr, *Anerkennung*, § 29.

(2) § 1, J. q. m. *obl. toll.*, III, 29 : « ... Sed id quod ex alia « causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi. »

créancier ont échangé ces quelques paroles : — Le créancier : « Centum quæ mihi debes spondesne? » — Le débiteur : « Spondeo. Centum quæ tibi promisi habesne accepta? » — Le créancier : « Accepta habeo » (1).

3. La *stipulatio debiti* pouvait présenter encore, dans l'ancien droit, un troisième avantage qu'il n'est pas inutile de mentionner en passant. C'est en revêtant une obligation des formes traditionnelles du contrat verbal qu'on la rendait susceptible d'être garantie par un cautionnement, l'obligation verbale étant la seule, dans l'ancien droit, qui pût être cautionnée. Car la caution, à l'origine, ne pouvait s'engager que par une formule verbale : « Idem » spondesne? Spondeo ; — Idem fidepromittisne? Fidepromitto » ; et cette formule, comme celle de l'acceptilation, devait avoir pour corrélatif une autre formule concordante, celle du contrat principal (2). Je ne m'arrête pas sur ce point, car déjà, du temps de Gaius, de nouvelles formes de cautionnement s'étaient introduites, et cette utilité de la novation avait presque entièrement disparu.

4. Ces trois emplois divers de la novation peuvent se résumer en un seul : communiquer aux obligations contractées par des modes naturels les qualités et les privilèges de l'obligation verbale. Mais je n'ai pas encore tout dit : les obligations verbales elles-mêmes ont souvent besoin d'être novées, et je vais maintenant indiquer trois autres cas où l'emploi de la novation se généralise et s'étend aux obligations verbales tout comme à celles qui ne le sont point.

(1) L. 15, D. *de transact.*, II, 15. — Si, une *stipulatio debiti* étant faite pour préparer l'acceptilation, l'acceptilation n'a pas suivi, la stipulation par elle seule éteindra la dette *exceptionis ope*. L. 91, D. *de solut.*, XLVI, 3.

(2) Le mot *idem* se réfère à la formule du contrat principal et la présuppose. Gaius, III, 115, 116, 119.

En premier lieu, c'est à la novation qu'il faut recourir lorsqu'on veut *modifier* une obligation. Car une obligation peut recevoir diverses modalités : elle peut être à terme, conditionnelle ou pure et simple ; mais une fois qu'elle est née avec une de ces modalités, il faut qu'elle la conserve jusqu'à sa fin ; car la loi du contrat, qui l'a fait naître ainsi, ne peut être abrogée que par une loi également puissante, c'est-à-dire par un contrat nouveau. Telle est la règle que la jurisprudence a peu à peu tempérée, mais sans jamais l'abolir. Que faudra-t-il donc pour satisfaire à cette règle ? Faudra-t-il refaire le contrat primitif ? Si dans un prêt, par exemple, l'on veut après-coup changer le terme fixé d'abord pour le remboursement, faudra-t-il que l'emprunteur rembourse les deniers reçus et que le prêteur les prête de nouveau ? Non sans doute, et ici encore c'est à la novation qu'on a recours (1) : que le prêteur stipule *purement et simplement* ce qu'il avait prêté à terme ou sous condition, et sa créance aussitôt cesse d'être à terme ou conditionnelle, car elle est, pour ainsi dire, régénérée, et désormais elle a son principe et sa source, non plus dans le contrat de prêt qui était à terme ou conditionnel, mais dans le contrat verbal qui est pur et simple. Il en est de même si, à l'inverse, un créancier stipule *à terme* ce qui lui était dû *purement et simplement* (2).

(1) *Quid* si les parties ont reculé ou avancé l'échéance, non par novation, mais par simple pacte ? Le pacte est nul d'après les anciens principes, mais il devient efficace grâce aux tempéraments introduits par la jurisprudence et la doctrine : s'il recule l'échéance, il confère au débiteur une exception ; s'il l'avance, il est encore valable, soit comme constitut, soit même comme prêt nouveau opéré par traditions fictives. Voyez L. 15, D. de R. C., XII, 1.

(2) En est-il de même s'il stipule *sous condition* ce qui lui était

5. Les mêmes obstacles qui s'opposent à la modification d'une créance, semblent devoir également empêcher le transfert. Toute obligation est, en principe, immobile autant qu'immuable, car elle n'est autre chose qu'un rapport entre deux personnes déterminées, et l'une de ces deux personnes ne peut céder sa place à une autre sans que le rapport primitif soit rompu et remplacé par un rapport et un contrat nouveaux. Nous retrouvons donc ici la même difficulté qui nous arrêtait tout à l'heure : faudra-t-il détruire le contrat pour le refaire ? et si, par exemple, ayant prêté 1,000 sesterces à Titius, je veux que vous deveniez son créancier à ma place, faudra-t-il pour cela que Titius me paye ces 1,000 sesterces et que vous les lui prêtiez à votre tour une seconde fois ? Non sans doute, et ici encore c'est la novation qui vient à notre aide : vous stipulerez de Titius, sur mon ordre, « les 1,000 sesterces qu'il me doit », et aussitôt Titius aura cessé d'être mon débiteur et sera devenu le vôtre. Nous serons donc arrivés exactement au même résultat que si je vous avais transféré ma créance, et, en se plaçant au point de vue des résultats, l'on pourra dire que le transfert est accompli. Ainsi ce qu'est la mancipation ou la tradition pour les choses corporelles, la novation l'est pour les créances (1). Grâce à la novation, la créance se mobilise, elle entre dans le commerce, elle circule de mains en mains et de lieux en lieux ; elle peut se vendre, s'échanger, se donner en dot, en paiement ou en gage ; et quelque

dû purement et simplement ? Le cas est plus difficile. Voyez Bufnoir, *Condition*, p. 259 et suiv.

(1) Gaius, II, 38 : «... Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim « tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium « transferuntur, id efficere possum; sed opus est ut jubente me tu « ab eo stipuleris; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi « teneri ; quæ dicitur novatio obligationis. »

variées que soient au fond ces diverses espèces de transferts, leur forme est toujours la même, c'est toujours celle de la novation (1).

6. C'est enfin grâce à la *stipulatio debiti* qu'on pouvait, dans une certaine mesure, échapper à la règle qui excluait la représentation en matière de créances et s'opposait à ce qu'on pût devenir créancier ou débiteur par l'entremise d'un mandataire. Cette règle se rattache étroitement à la précédente : elles ne sont, l'une et l'autre, que deux applications diverses de ce même principe général, que le lien d'obligation ne peut jamais se détacher, sans se rompre, de la personne des deux contractants : il ne peut s'en détacher, ni après-coup et au profit d'un cessionnaire, ni dès l'origine et au profit d'un mandant (2). Mais si cette seconde règle est aussi logique que la première, elle est en même temps aussi gênante. Supposons, par exemple, que, forcé de m'absenter avant d'avoir pu conclure avec vous un contrat projeté, je laisse ce soin à mon mandataire Titius; voici à quels résultats notre principe va nous conduire : c'est mon mandataire lui-même et mon mandataire seul, qui, en contractant avec vous, deviendra votre créancier et votre débiteur, en sorte que, s'il est infidèle ou insolvable, mes intérêts et les vôtres seront compromis. Comment prévenir ce double danger ? C'est la *stipulatio debiti* qui nous en fournit les moyens. Avant

(1) On peut de même, par la novation, substituer au débiteur primitif un nouveau débiteur. Gaius, III, 176. — En combinant cet effet de la novation avec l'effet indiqué n° 2, on arrive à pouvoir libérer solennellement un débiteur, bien qu'il soit absent et ne puisse par conséquent échanger avec le créancier les paroles sacramentelles : ce que doit ce débiteur, on va le stipuler de Titius, à qui on fait immédiatement acceptation. L. 91, D. de solut., XLVI, 3.

(2) Kuntze, *Obligation*, p. 264.

de partir, je stipulerai de vous : « quod Titius a te stipulatus fuerit, id mihi dare spondesne ? » et à l'inverse vous stipulerez de moi : « quod a Titio stipulatus fuero, id mihi dare spondesne ? » Grâce à cette double stipulation, Titius n'aura pas plutôt contracté avec vous, que sa créance ou sa dette se trouvera novée et transportée par la puissance de la novation de sa tête sur la mienne (1). Ainsi cette espèce de novation préalable prévenait tous les dangers du mandat romain, et l'assimilait au mandat moderne, où les stipulations et les promesses du mandataire n'ont d'effet que pour le mandant. La stipulation *debiti* facilitait le mandat d'une autre manière : pour donner à mon mandataire le pouvoir de disposer de ma créance, le meilleur moyen était de lui permettre de stipuler de mon débiteur ce qui m'était dû.

J'ai indiqué les principaux usages de la novation, et je n'ai plus maintenant qu'une dernière remarque à ajouter. Je disais, au début de cette étude, que la novation du droit romain n'a rien de commun avec la novation du droit moderne. Je puis maintenant apporter une preuve nouvelle à l'appui de cette assertion : de tous les besoins divers auxquels répondait la novation romaine et que je viens d'énumérer, il n'en est pas un seul qui n'ait aujourd'hui disparu. Aujourd'hui, les obligations civiles sont toutes de la même nature, elles produisent toutes la même action, elles s'éteignent toutes de la même manière ; la novation ne peut donc plus servir à transformer une obligation de bonne foi en une obligation de droit strict. Aujourd'hui, aucun obstacle ne s'oppose à la modification des créances par des pactes subséquents, ni à leur acquisition par l'entremise d'un mandataire, ni à leur trans-

(1) L. 8, § 2, D. h. t. : « Et ait Celsus novationem fieri... eoque jure utimur. » Ces derniers mots prouvent qu'une stipulation semblable était assez fréquente dans la pratique.

fert direct ; il n'est donc plus besoin de novation pour modifier les créances, ni pour les acquérir par autrui, ni pour les transférer, et l'on pourrait peut-être s'étonner à bon droit que notre Code civil, qui a admis la succession aux créances, n'ait pas également admis la succession aux dettes, et ait vu une novation dans le changement de débiteur (1). Abstraction faite de ce dernier souvenir des lois romaines, déjà disparu des codes étrangers, à quoi la novation peut-elle encore servir de nos jours ? A changer, non plus la forme, ou la modalité, ou le titulaire de la créance, mais l'objet et le fond même de la créance, ce qui était impossible avec la *stipulatio debiti* des Romains. Ainsi le principal usage, je pourrais presque dire l'unique usage de la novation moderne, c'est précisément celui auquel la novation romaine ne s'est jamais appliquée.

Je m'arrête, et cependant j'aurais encore beaucoup à dire, si je ne craignais d'abuser de l'hospitalité de la Revue et de la patience du lecteur. J'essayerai un autre jour de compléter, à un nouveau point de vue, la démonstration que je viens d'ébaucher, et je m'efforcerai d'établir que, de toutes les conditions requises par Gaius pour une novation parfaite, il n'en est plus une seule qui soit encore exigée aujourd'hui.

PAUL GIDE,

Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

(1) Code Napoléon, art. 1271, 2^o, 1280. Les législations allemandes, au contraire, ont admis une véritable *succession* aux dettes, *Schuldenübernahme* : la dette reste la même, il n'y a de changé que la personne du débiteur. Ce résultat est, je crois, plus conforme, soit à l'intention des parties, soit aux besoins du commerce. Voyez Delbrück, *die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preusz. R.*



115736

Ouvrages du même Auteur :

ÉTUDE

SUR LA

CONDITION PRIVÉE DE LA FEMME

DANS LE DROIT ANCIEN ET MODERNE ET EN PARTICULIER SUR
LE SÉNATUS-CONSULTE VELLÉIEN

MÉMOIRE COURONNÉ PAR L'INSTITUT,

gr. in-8..... 8 fr.

DE LA

LÉGISLATION CIVILE DANS LE NOUVEAU ROYAUME D'ITALIE

in-8..... 4 fr.

REVUE

DE

LÉGISLATION

ANCIENNE ET MODERNE

FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

Édouard LABOULAYE

Membre de l'Institut,

Professeur de législation comparée au Collège de France ;

Eugène DE ROZIERE

Inspecteur général des Archives ;

Rodolphe DARESTE

Avocat au Conseil d'État et à la Cour
de Cassation.

Le Revue paraît tous les deux mois, par livraison de six à sept feuilles, à partir du 1^{re} février de chaque année.

Tout ce qui concerne la rédaction doit être adressé *franco* à M. RENÉ LABOULAYE, avocat, secrétaire de la rédaction, rue Taitbout, 34.

Tout ce qui concerne l'administration et les abonnements doit être adressé *franco*, au Bureau de la Revue, chez M. THORIN, éditeur, 7, rue de Médecis.

Tous les ouvrages dont **DEUX** exemplaires auront été déposés au Bureau de la Revue, rue de Médecis, 7, seront l'objet d'un compte-rendu ou de plusieurs annonces successives.

PRIX DE L'ABONNEMENT :

12 fr. pour toute la France. | Pour l'Etranger, le port en sus.

N. B. — M. THORIN se charge de fournir tous les ouvrages annoncés dans la **REVIEW**.